

gage est inutile, puisque lui-même ne s'oblige à rien. Qu'est-ce que le président Favre aurait dit s'il avait trouvé une pareille énormité dans l'arrêt d'un parlement? Quoi! il y a des contrats sans concours de consentement, alors que le contrat, quel qu'il soit, n'est autre chose qu'un concours de volontés? L'arrêt contient ensuite une proposition inintelligible: « En matière d'hypothèques, la position des contractants ne change pas. » Puis la cour ajoute: « Au contraire, il ne pourrait en être ainsi dans le cas où le contrat serait synallagmatique, parce que, dans cette seconde nature de contrats, le concours des deux volontés est nécessaire pour le former et le rendre parfait. » Cette dernière proposition est la seule que nous comprenions; elle complète l'erreur dans laquelle verse la cour sur une chose purement élémentaire, la définition du contrat; la cour a sans doute pris au pied de la lettre ce que dit l'article 1108, d'après lequel on pourrait croire que le consentement n'est requis que de la part de la partie qui s'oblige; mais qui ne sait que cette disposition est mal rédigée? Enfin la cour dit que « les conditions requises pour la validité d'une affectation hypothécaire conventionnelle sont déterminées par l'article 2129 (loi hyp., art. 78), et qu'au nombre de ces conditions ne se trouve pas celle de l'acceptation (1). » Il suffit de lire l'article 2129 pour se convaincre que la cour se trompe; cet article ne détermine pas les conditions requises pour la validité de l'hypothèque conventionnelle, il ne concerne que l'une de ces conditions, la spécialité des biens; il y a un autre article relatif à la spécialité de la créance (art. 2132; loi hyp., art. 80); il y en a un troisième qui règle la forme de l'hypothèque conventionnelle (article 2127; loi hyp., art. 76); et il y en a un quatrième que la cour oublie complètement, c'est celui qui définit l'hypothèque conventionnelle (art. 2117; loi hyp., art. 44).

La cour de cassation a rendu, en cette matière, un arrêt que l'on a mal interprété: n'est-ce pas parce que l'arrêt est mal rédigé? Le pourvoi soutenait, comme nous venons

(1) Lyon, 9 mai 1837 (Daloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1260, 1°).

de le faire, que dans tout contrat, même unilatéral, deux volontés sont nécessaires pour constituer l'obligation, celle du débiteur et celle du créancier. Que répond la cour? « La reconnaissance pure et simple d'une dette, avec affectation hypothécaire, peut constituer un engagement unilatéral et être régulièrement faite par le débiteur seul. » Cette proposition isolée est le résumé de toutes les erreurs que nous venons de reprocher à la cour de Lyon. Il n'est pas vrai qu'un engagement unilatéral, c'est-à-dire une convention unilatérale, puisse résulter de la seule volonté du débiteur. Il n'est pas vrai que l'affectation hypothécaire, c'est-à-dire l'hypothèque conventionnelle, puisse jamais être valable par la seule volonté de celui qui la consent. En réalité, comme le remarque l'arrétiste, ce n'est pas là ce que la cour de cassation a voulu dire. Le débat ne portait pas sur l'acceptation, il portait sur le point de savoir s'il fallait une acceptation authentique; nous reviendrons sur cette question, c'est la seule que la cour ait décidée (1). Il en est de même d'un arrêt récent de la cour de Chambéry, tout aussi mal rédigé. La cour commence également par dire que « la stipulation d'une hypothèque est un acte unilatéral, pour lequel l'intervention de celui qui l'accorde est seule nécessaire ». Voilà l'erreur; vient ensuite l'explication, que l'acceptation peut résulter, même tacitement, d'actes postérieurs (2). Dès qu'il faut une acceptation du créancier, il est inexact de dire que l'intervention du débiteur suffit; nous examinerons plus loin s'il est vrai que l'acceptation tacite suffise.

427. Nous ne connaissons, dans la jurisprudence française, qu'un seul arrêt qui ait établi clairement le vrai principe, lequel est d'une telle évidence que l'on s'étonne de le voir méconnu. « Il ne peut pas exister de contrat sans convention, dit la cour de Toulouse, et il ne peut pas exister de convention sans le concours des volontés des parties intéressées. » Or, dans l'acte litigieux, le débiteur déclarait qu'il conférait hypothèque au créancier, sans que celui-

(1) Rejet, 5 août 1839 (Daloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1260).
(2) Chambéry, 20 janvier 1872 (Daloz, 1873, 2, 146).

ci eût accepté ledit acte; personne ne s'était même porté fort de son acceptation; le notaire avait accepté pour le créancier, et cette acceptation, comme nous le dirons plus loin, est inopérante (1).

La jurisprudence des cours de Belgique a aussi ses incertitudes et ses contradictions, nous les signalerons; il importe de le faire, parce que l'autorité des arrêts est bien plus grande que celle des auteurs. On discute la doctrine, et on se soumet à la jurisprudence; c'est une autorité usurpée que l'ignorance a établie et que l'ignorance perpétue, car il est bien plus commode de citer des arrêts que de donner des raisons; cependant les arrêts n'ont qu'une autorité de raison: tant valent les motifs, tant vaut l'arrêt. Puisque l'on invoque les arrêts comme si c'étaient des lois, il convient de contrôler cette autorité, qui menace de prendre la place de la loi. C'est ce travail long et pénible qui augmente si démesurément le nombre des volumes que nous comptons consacrer aux *Principes de droit civil*. Néanmoins nous ne le regrettons pas, car l'étude de la jurisprudence est devenue aussi nécessaire que celle des lois.

Notre cour de cassation a consacré les vrais principes en termes excellents. « Dans tout contrat d'hypothèque, dit l'arrêt, le lien de droit ne peut se former que par le concours de deux volontés, par la volonté de celui qui affecte un immeuble à l'acquittement d'une obligation et par la volonté de celui qui, en acceptant cette affectation, acquiert le droit hypothécaire; d'où il suit que le contrat reste imparfait jusqu'à ce que la volonté du créancier se soit manifestée (2). »

La jurisprudence de nos cours d'appel est loin d'avoir cette précision: nous y reviendrons en examinant les difficultés qui se sont présentées dans l'application de la loi. Avant tout, il faut établir le second élément de notre principe. Que l'hypothèque conventionnelle n'existe qu'en vertu d'une convention, il paraît difficile de le nier. Nous avons ajouté que cette convention est un contrat solennel. Ce se-

(1) Toulouse, 31 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1261).

(2) Cassation, 29 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212).

cond point n'a pas la même évidence; nous allons essayer de l'établir.

428. La distinction des contrats solennels et non solennels, quoiqu'elle ne soit pas formulée par la loi, est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Toutefois les difficultés et les controverses ne manquent pas quand il s'agit de déduire les conséquences du principe. La donation est un contrat solennel, ce qui veut dire que la forme authentique est requise pour l'existence même du contrat; la donation nulle en la forme n'a pas d'existence légale, c'est le néant. En est-il de même du contrat de mariage? Ici l'incertitude commence déjà; dans notre opinion, les conventions matrimoniales forment aussi un contrat solennel; nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre qui est le siège de la matière (t. XXI, n° 44). Quant à l'hypothèque conventionnelle, l'accord cesse; les auteurs ne discutent pas la question, mais, comme ils n'admettent pas les conséquences qui découlent de la solennité, on peut dire qu'ils rejettent le principe; la jurisprudence est divisée, à ce point qu'elle laisse incertaine la question de savoir si l'hypothèque conventionnelle procède d'un contrat.

Nous croyons que l'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel, par la raison pour laquelle on attribue ce caractère à la donation et au contrat de mariage. Les textes sont conçus à peu près dans les mêmes termes; en tout cas, dans le même esprit. D'après l'article 931, « tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires ». L'article 1394 porte que « les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire ». Quant aux hypothèques, la loi contient deux dispositions: d'abord l'article 44 (code civil, art. 2117), qui définit l'hypothèque conventionnelle celle qui dépend des *conventions* et de la *forme extérieure* des actes et des contrats. Ce texte nous paraît décisif. La loi ne se contente pas de dire que l'hypothèque dépend des conventions, ce qui veut dire que sans convention il n'y a point d'hypothèque; elle ajoute que l'hypothèque conventionnelle *dépend* encore de la *forme extérieure des actes et des contrats*; ce qui doit avoir la même signification, c'est-à-dire que, sans ces formes exté-

rieures, il n'y a pas d'hypothèque; d'où la conséquence que les formes sont de la substance du contrat. Après cela, l'article 76 (code civil, art. 2127) dispose que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par *acte authentique*. Ainsi le *consentement* doit se manifester *dans la forme authentique*; or, tel est précisément le caractère des contrats solennels, c'est que le consentement n'existe que lorsqu'il a été donné dans certaines formes; si ces formes n'ont pas été observées, il n'y a pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de contrat.

L'esprit de la loi conduit à la même conséquence. En quel sens la loi exige-t-elle un acte authentique pour la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque? Est-ce pour la preuve de ces contrats? Non; sur ce point tout le monde est d'accord; quand même il serait certain qu'il y a eu donation, contrat de mariage et hypothèque, ces contrats seraient néanmoins inexistants s'ils n'étaient pas constatés par acte authentique. L'acte notarié n'est pas requis pour la preuve; il est donc prescrit pour l'existence du contrat: c'est dire que le contrat est solennel.

429. Ce qui pourrait faire hésiter, c'est que l'on ne s'accorde pas sur les motifs pour lesquels la loi exige l'authenticité du contrat d'hypothèque. « Par notre usage, dit Domat, les conventions ne donnent point d'hypothèque, quand même elle serait exprimée, si elles ne se passent pas devant notaires. Car, sans cette forme, il serait facile aux débiteurs qui voudraient frauder leurs créanciers de donner aux derniers d'anciennes hypothèques par des antidates (1). » Ce motif était déjà insuffisant dans l'ancien droit; car pour empêcher l'antidate, il aurait suffi d'exiger l'enregistrement. Dans notre droit moderne, l'explication de Domat est encore moins admissible, car elle suppose des hypothèques occultes dont le rang dépend de la date du contrat, et nos hypothèques sont publiques; leur rang dépendant de l'inscription, il ne peut plus être question d'antidate.

On donne une autre explication qui pénètre plus dans le

(1) Domat, *Lois civiles*, livre III, titre I, sect. II, art. 33.

fond des choses. Pourquoi n'admet-on pas, en matière d'hypothèques conventionnelles, les actes ayant date certaine, comme on les admet en matière de gage? La création du contrôle ou de l'enregistrement est postérieure à l'établissement des hypothèques conventionnelles. Celles-ci se constituaient d'abord dans les formes judiciaires, de même que la propriété se transmettait par les œuvres de loi. La constitution d'une hypothèque était donc une espèce de jugement; dans cet ordre d'idées, il est évident qu'aucune preuve ne pouvait remplacer l'intervention du juge; les œuvres de loi n'étaient pas une question de preuve, c'étaient des formes solennelles prescrites dans l'intérêt des tiers, donc dans un intérêt public; or ces formes sont toujours de la substance de l'acte. Les œuvres de loi tombèrent en désuétude dans la plus grande partie de la France; elles furent remplacées par l'intervention des notaires; les notaires étaient considérés comme des officiers de justice: leurs actes tenaient lieu de la sentence du juge, pour mieux dire, des œuvres de loi qui se passaient devant le juge. De là la conséquence que l'acte authentique était de la substance de l'acte (1).

Cette explication historique peut encore être admise aujourd'hui comme une justification du principe consacré par le code civil et par notre loi hypothécaire. Les hypothèques tiennent à l'ordre public, puisque l'objet du régime hypothécaire est de garantir l'intérêt des tiers, lequel se confond avec l'intérêt général, et de procurer au propriétaire le crédit que sa fortune immobilière doit lui assurer. L'article 42 (code civil, art. 2115) consacre une conséquence de ce principe et décide en même temps notre question: « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. » Ainsi les formes sont de la substance de l'hypothèque conventionnelle; il n'y a pas d'hypothèque conventionnelle sans les solennités prescrites par la loi, de même qu'il n'y a point de contrat de mariage ni de donation sans les formes légales.

(1) Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèques*, section I, § V, n° II (t. XIII, p. 419).

Il y a encore d'autres raisons qui justifient l'intervention du notaire dans la rédaction des contrats d'hypothèque. L'hypothèque conventionnelle et les conventions matrimoniales sont les plus importants tout ensemble et les plus difficiles des actes. Combien y a-t-il de parties contractantes qui savent ce que c'est que la spécialité de l'hypothèque? Cependant si l'hypothèque n'a pas été spécialisée par le contrat, elle est nulle. Que d'hypothèques seraient annulées si la loi avait admis des actes sous seing privé pour les établir! La fortune des citoyens dépend des conventions hypothécaires; il était donc nécessaire de faire intervenir des hommes de loi dans la rédaction des actes qui établissent l'hypothèque, afin d'éclairer les parties contractantes et d'assurer la validité de leurs conventions.

430. Nous croyons inutile de rapporter les motifs divers que donnent les auteurs pour expliquer le principe de l'authenticité (1); il faudrait les discuter et les rectifier, ce qui aboutirait à répéter ce que nous venons de dire. Il suffit de faire connaître les raisons qui ont engagé les auteurs de la loi belge à consacrer le principe de la solennité de l'hypothèque. On lit dans le rapport de la commission spéciale : « Les placements sur hypothèque doivent présenter une entière sécurité, et, en aucun cas, leur sort ne doit dépendre de la simple dénégation d'une signature. Ce but ne serait atteint qu'à demi si l'hypothèque pouvait être consentie par des actes sous seing privé. » L'intérêt public et les nécessités du crédit exigent l'authenticité pour la constitution d'une hypothèque conventionnelle comme pour la transmission de la propriété immobilière. Seulement la différence est grande quant aux conséquences. L'hypothèque n'a d'effet qu'à l'égard des tiers; déclarer qu'elle doit être constatée par acte authentique dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le propriétaire, c'est dire que son existence dépend de l'authenticité, tandis que la vente existe entre les parties, indépendamment de tout écrit; voilà pourquoi la vente n'est pas un contrat solennel, mal-

(1) Martou, t. III, p. 85, n° 981. Pont, t. II, p. 90, n° 655. Mourlon, *Ré pétitions*, t. III, p. 606, n° 148.

gré la nécessité d'un acte authentique pour en opérer la transcription, tandis que l'hypothèque est un contrat solennel, parce que la solennité intéresse tous ceux qui la stipulent, la promettent ou sont intéressés à la connaître (1).

Le rapport de M. Lelièvre résume ce que nous venons de dire et vient à l'appui de notre doctrine : « La loi nouvelle ne pouvait hésiter à exiger un acte *public et solennel*. L'existence de l'hypothèque doit être certaine. Elle ne peut être abandonnée aux chances d'une vérification d'écritures. D'un autre côté, le *crédit foncier* ne permet pas d'établir un ordre de choses dont le résultat inévitable serait de jeter de l'incertitude sur la situation hypothécaire (2). »

Les rapports des deux commissions concernent spécialement la disposition qui exige l'authenticité pour les procurations données à l'effet de constituer hypothèque. C'est une nouvelle confirmation de l'opinion que nous venons de défendre. En règle générale, les procurations peuvent se donner par acte sous seing privé et même par lettres (art. 1985). Ce n'est que par exception, et dans les actes solennels, que la loi exige que les procurations soient authentiques : telle est la donation (art. 932). L'article 76, en mettant, sous ce rapport, l'hypothèque conventionnelle sur la même ligne que la donation, décide implicitement que l'hypothèque est un contrat solennel.

§ II. Solennité.

431. L'article 76 porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par *acte authentique*. C'est la reproduction de l'article 2127 du code civil. Il y a cependant une différence entre les deux dispositions; l'article 2127 ajoute que l'acte doit être passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins, c'est-à-dire que l'acte authentique doit être un acte notarié. Pourquoi cette dernière partie de l'article 2127 qui se trouvait dans le projet a-t-elle été retrans-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).

(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 142).